



TITLE:

エジプト民法典における先買権の 立法目的

AUTHOR(S):

堀井, 聰江

CITATION:

堀井, 聰江. エジプト民法典における先買権の立法目的. 東洋史研究
2006, 65(1): 168-143

ISSUE DATE:

2006-06

URL:

<https://doi.org/10.14989/138184>

RIGHT:

エジプト民法典における先買権の立法目的

堀 井 聡 江

考察の意義と目的

1. イスラーム法における先買権制度の概要
 - 1.1. 先買権の目的と先買権者
 - 1.2. 先買権の問題点と制約
 2. エジプトの先買権立法とイスラーム法
 - 2.1. 立法史と規定の変遷
 - 2.2. 永代賃貸借に関する古典学説の展開
 3. 先買権をめぐる論争と「所有権の再統合」
- 結 論

考察の意義と目的

本稿の目的は、現行エジプト民法典（1948年発布）における先買権（shufa）がいかなる経緯で導入され、またその目的が同制度の法源であるイスラーム法といかなる関係にあるかを考察することである。まず、エジプト民法典を取り上げる理由は以下の通りである。

エジプト民法典は、形式・内容ともにすぐれて近代的な民法典ではあるが、前近代においてエジプトを含むイスラーム世界の多くの地域でいわば統一法として機能していた、イスラーム法を1つの法源とする。下記に述べるように、同法典は、19世紀から20世紀にかけてのイスラーム世界における西欧モデルの法改革のなかで模索されてきた、近代法とイスラーム法の調和の実現を目指していた。この点で同法典は、他の多くのアラブ諸国の民法典の模範となった重要な立法である⁽¹⁾。

(1) 以上につき、堀井聡江『イスラーム法通史』（山川出版社、2004年）、214-16.

しかし、こうした事実が指摘される反面、エジプト民法典の法規定そのものの分析に立ち入った実証的な議論はほとんど見られない⁽²⁾。むしろ従来の少なくとも欧米の研究のなかでは、主としてエジプト民法典が実際どれだけ「イスラーム的」であるかが漠然と論じられてきたといえる。たとえばE. ヒルは、同法典に対してその公布当時に向けられた、十分にイスラーム的ではないとの批判に対し、同法典の実質的な起草者であるサンフリー（1971年没）自身が示した立法のガイドラインに照らして、同法典が全体としては法のイスラーム化を目指すものであるが、同時に近代諸法典との比較法的衡量のもと、現代社会の要請に合わせて再解釈されたイスラーム法そのものの「発展」であると結論している⁽³⁾。だが、たとえば沿革的に高い宗教的価値を認められている身分関係法のように、ある立法が多かれ少なかれ「イスラーム的」であることそのものが1つの目的とされることはあり得るとしても、現代の立法者がイスラーム法を導入する目的が全てそのような宗教的配慮によって説明できるのか、またかくして導入された制度がイスラーム法に由来するというだけで直ちに「イスラーム的」と評し得るのか否か、という疑問が生じる。この疑問に答えるためには、エジプト民法典が具体的にいかなる制度をどのような目的でイスラーム法から継承し、いかなる「発展」を施したかを検証しなければならない。

本稿はこのような観点から、先買権という1つの制度を通じて、エジプト民法典におけるイスラーム法の立法的意義の考察を試みたい。先買権の内容については後述するとして、とくにこの制度を考察の対象とする理由は以下の通りである。

第1に、エジプト民法典においてイスラーム法に由来する旨がことさらに明示されている制度は限定されているが、先買権はこうした制度の1つであり、また法規定も充実している。第2に、後述のように、前近代におけるイスラーム

(2) そのような例として、Nathalie Bernard-Maugiron and Baudouin Deupret (eds.), *Egypt and Its Laws* (London, the Hague, New York; Kluwer Law International, 2002). エジプトの法制度および諸法が概観できる点で便利な本であるが、民法典自体の記述は薄い。

(3) Enid Hill, *Al-Sanhuri and Islamic Law*, Cairo Papers in Social Science, 10, Monograph 1 (Cairo: The American Univ. Press, 1987), 1-4.

ム法の古典学説は、先買権をある種の弊害を伴う制度であるとして、その行使を制限する傾向を示していた。それにもかかわらず、先買権は近代以降のエジプトにおける一連の立法において存続し、論争の末、現行エジプト民法典にも継承された。このような経緯から、エジプトの立法者があえて先買権を導入した理由ないし目的は何であったのか、という疑問が生じる。第3に、この現行民法典における先買権関連規定は、いくつかの点で古典イスラーム法からの重要な乖離を示している。これらの点が古典イスラーム法からは断絶した純然たる立法的革新であるのか、または前近代におけるイスラーム法の学說的展開に方向性としては遡りえるものかを検証することは、エジプト民法典における先買権立法の目的ないし意義のとりわけ歴史的側面を知るうえで不可欠であろう。

ただし、エジプト民法典において先買権関連規定は全14条あり（第935—948条）、各々についての論点は多岐にわたるため（古典イスラーム法を学ぶ者にとって、先買権はとりわけ複雑な問題の1つであるともいわれる⁽⁴⁾）、本稿ではとくに先買権者の範囲に関する第936条に考察を限定する。なぜなら後述のように、同条は古典イスラーム法に較べて先買権者の種類を増やす一方、一部の先買権者による権利取得を制約すべき新たな要件を定めており、古典法との相違が明瞭かつ大きいからである。

以下では、まずイスラーム法における先買権制度の概要と、上記第936条に関連する若干の論点にふれた後、同条の立法史を概観し、イスラーム法との比較考察をふまえつつ、同条の趣旨を明らかにしたい。

1. イスラーム法における先買権制度の概要

1.1. 先買権の目的と先買権者

イスラーム法にいう先買権とは、第一義的には、不動産（‘aqr. 主として土地

(4) みぎのエジプト民法第936条（当時最終草案の第1005条）に関する国会審議のなかでのある議員の発言。al-Hukūmat al-Miṣriyya: Wizārat al-‘Adl, *al-Qānūn al-madanī: Majmū‘at al-a‘māl al-takhḍīriyya*, 7 vols. (Cairo: Maṭba‘at Dār al-Kutub al-‘Arabī, n.d., 以下 *A‘māl* と略), VI, 379.

を指し、家屋その他の建物は土地と一体で取引される場合にのみ不動産とされ、単独では動産と見なされる。果樹園の樹木なども同様である。なお、学説によっては建物の区分所有権も不動産に含まれる。この問題については下記2.2. (2)参照)を複数人が共有し、その共有者の1人が自己の持分を売却したとき、他の共有者が買主に代わってその代金を支払うことにより(あるいはすでに代金を支払った買主にそれと同金額を支払うことにより)、買主の意思に反して売却持分を優先取得できる権利を指す。ここで売買とは、厳密には有償譲渡を指し、たとえば負担付贈与のように、およそ対価と引き換えに所有権が移転される手段を全て含むが、簡便を期して以下では単に売買とする。いずれにせよ、先買権者とは、まずもって売却不動産の共有者である。この点については、スンナ派の正統四法学派は一致している⁽⁵⁾。なお、ここで共有者とは、未分割の共有者(ないし合有的共有者)のみを指す(以下、本稿でも同じ)。すなわち、同じく共有者であっても、自己の持分が不動産上区分され、他の共有者の持分から分離独立している者は、以下にみるように、原則として先買権者には含まれない。

売却不動産の共有者が先買権者であることには異論がないとして、それ以外先買権者を認めるのは、四法学派のうちハナフィー派だけである。すなわち同派は、売却不動産の共有者をあくまで第1位の先買権者として、以下の順にさらに3種類の先買権者を認めている。まず第2位は、不動産の一部の共有者である。たとえば、住居(dār. 土地およびその上の建物の総体を指す)に複数の部屋が含まれ、その一部が共有されている場合や、共有土地の上に共有者が共同で塀を立てた後に、その塀を境として土地が分割されたが、その塀およびその塀の直下の土地部分について共有状態が残存する場合、これらの部分(共有されている部屋や塀およびその直下の部分)の共有者がこれに当たる⁽⁶⁾(なお、「住居」が土地を含んだり、「塀」がその直下の土地部分とともに共有されたりしているのは、

(5) Muḥammad Kāmil Mursī Bek, “Al-Shufa’ā’ wa-maratibhā fī al-sharṭ’a al-islāmiyya wa-fī al-qawānīn al-ahliyya wa-al-mukhtalīṭa,” *Majallat al-Qānūn wa-al-Iqtisād*, 2 (1932), 565-604 (以下、Mursī, “Shufa’ā’”I と略), 569.

(6) ‘Aynī, *Badr al-Dīn Maḥmūd b. Aḥmad b. Mūsā b. Aḥmad b. al-Ḥusayn al- al-Bināya sharḥ al-Hidāya*, 13 vols. (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya, 1420/2000), XI, 287.

「住居」や「塀」が不動産とみなされるための条件である。上記‘aqārの定義参照)。なお、ここで土地がすべて分割されてそれぞれ甲と乙に属し、上物の塀のみが双方に属する場合、甲乙の一方が自己の土地を売却するときには、他方は隣接所有者として第4位の先買権者として扱われる⁽⁷⁾。

ハナフィー派による第3位の先買権者は、売却不動産の所有権ではなく、地役権 (ḥaqq al-irtifāq) を共有する者である。たとえば売却不動産に面した道路の通行権者や、水路の取水権者がこれにあたる。ただしこの場合の道路や水路からは、公共のもの、つまり万人が使用できるものは除かれる⁽⁸⁾。これら地役権者についても、典型的には、共有者が共有する不動産を分割したが、通路や水路は共用しているケースが想定されているようである⁽⁹⁾。ゆえに塀およびその直下の土地部分の共有者と同じく、地役権共有者も分割後の所有権共有者に先買権がないことの例外といえよう。

最後に、同派による第4位の先買権者は、隣接所有者（単に jāri または jāri mulāsiq), すなわち売却不動産に隣接する不動産の所有者である⁽¹⁰⁾。つまり売却不動産の所有権はもとより、その従たる物や権利について法律上いかなる権利のない者でもあり得る。ただし、上述第2位の先買権者から除外される、地盤を欠く塀のみの共有者のように、分割後の所有権共有者はやはりこのカテゴリーに含まれ得る。

このように、ハナフィー派とそれ以外の学派では、先買権者の範囲について大きな相違が見られるが、それはいかなる理由によるものなのか、ひいてはそもそも先買権とは何を目的とした制度であるのか。この問題を先買権の起源に

(7) *Ibid.*

(8) *Ibid.* Ibn ‘Ābidīn, *Ḥāshiyat Radd al-mukhtār ‘alā Durr al-muhtār sharḥ Tanwīr al-absār fī fiqh madhhab al-Imām Abī Ḥanīfa al-Nu‘mān*, 8 vols. (Beirut: Dār al-Fikr, 1412/1992), VI, 220.

(9) *Ibid.* ‘Aynī, *Bināya*, XI, 275.

(10) その根拠とされる預言者の伝承について, Shaybānī, Muḥammad b. al-Hasan al-, *Kitāb al-ḥujja ‘alā ahl al-Madīna*, 4 vols. (Beirut: ‘Ālam al-Kutub, 1403/1983), III, 67-79. Sarakhsī, Shams al-Dīn Abū Bakr Muḥammad b. Aḥmad b. Abī Sahl al-, *Kitāb al-Mabsūṭ*, 30 vols. (Beirut: Dār al-Ma‘rifa, n.d.), XIV, 90-94. ‘Aynī, *Bināya*, XI, 276-79.

遑って考証することは、現時点では困難である。先買権は少なくとも聖典『クルアーン』によって導入された特殊イスラーム的制度ではなく、以上述べたところの、先買権の定義および先買権者の範囲といった、制度の根幹をなす問題については、いずれも各法学派の学祖またはそれ以前の法学権威に帰せられる、初期の学説のなかで明らかにされている。後世のムスリム法学者のあいだでも、先買権がイスラーム以前に由来する制度であるとの認識が見られる⁽¹¹⁾。従来の研究のなかでは、具体的にはユダヤ法やローマ法における類似の制度の存在が指摘されている⁽¹²⁾。だが、起源の特定はむろん困難であり、また恐らく地域差を反映した学説の相違に鑑みれば、複数の起源を有する可能性もあろう。いずれにせよ、先買権がイスラーム法上の制度として容認されるようになった時点の制度の実像と機能については不明である。

そこで、あくまで10世紀以降の確立したイスラーム法学に考察を限定すれば、先買権の制度趣旨は明確な説明を与えられている。その趣旨とは、要約すれば共有関係上の損害の除去であるといえよう。もっとも、ここにいう共有関係上の損害については解釈の相違が見られ、それが上述の先買権者の範囲に関するハナフィー派とそれ以外の学派との学説の相違の原因となっていると考えられる。まず、ハナフィー派以外の法学派によれば、共有関係上の損害とは、一方の共有者が自己の持分を売却したとき、他方の共有者（先買権者とされる者）が新たな共有者（持分の買主）から分割を請求されること、より具体的には、分割のために共有地に塀を建てたり、共有の家を壁で仕切るなどの費用がかかることや、また未分割の状態であれば共用で自由に使えたスペースが仕切られる

(11) Bājī, Abū al-Walīd Sulaymān b. Khalaf b. Sa'd b. Ayyūb b. Wārith al-, *Kitāb al-muntaqā sharḥ Muwaṭṭa' Imām Dār al-Hijra sayyidnā Mālik b. Anas*, 5 vols. (Cairo: Dār al-Kitāb al-Islāmī, 1332/1913-14), V, 199. Ḥaṭṭāb, Abū 'Abd Allāh Muḥammad b. Muḥammad b. 'Abd al-Raḥmān al-Maghribī al-, *Mawāhib al-jalīl li-sharḥ Mukhtaṣar Khalīl*, 8 vols. (Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya, 1416/1995), VII, 366.

(12) Forgeur, M. Le Baron Adrien, "De la préemption en droit égyptien," *L'Égypte Contemporaine*, 11 (1920), 117-383, 124. Baz, Jean, *Essai sur la Fraude à la Loi en Droit Muslman (Etude de Droit Musulman Comparé et de Droit International Privé)* (Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938), 51.

ことによって生活に不都合が生じることである⁽¹³⁾。これは、長年共有関係にある者同士であれば、気心も知れ、互いのために分割請求を控えることがあっても、見知らぬ者が新たに共有関係に参入すれば、往々にして最初から分割を請求する蓋然性が高いとの考慮に基づいている。もっとも、まさにこうした蓋然性のため、共有者同士は本来、持分の売却にあたっては、相手の許可を得るべきであるとされている。だが、それにも拘わらず、一方の共有者が他方の共有者の許可を得ず、勝手に自己の持分を他人に売却した場合、後者がそれをいわば差し止め、意に沿わぬ新たな共有者を排除するのが先買権の趣旨だとされるのである⁽¹⁴⁾。その意味で、ハナフィー派以外の法学派は、このような共有関係の変動の直接の当事者である所有権の共有者のみに先買権を認めるのだといえよう。さらに、ハナフィー派以外の法学派によれば、およそ共有者が望まない分割を請求されることを防ぐという以上の趣旨から、先買権の目的物は必ずしも不動産に限られず、分割の可能性のある一部の動産、とくに土地の上の建物や立ち木、また家畜なども含まれる（ただしその範囲については学説の相違がある⁽¹⁵⁾）。

これに対し、ハナフィー派によれば、共有関係に伴う損害とは、売却不動産の分割の有無を問わず、およそ自己の所有権と他人の所有権が隣り合っていることによる種々の迷惑である。それは共用物を使用する際の不便だけでなく、たとえば相手が立てた埃や火の粉が飛んでくことや、またはそうした害がなくとも、多分に心理的に不快なことも含まれる⁽¹⁶⁾。この種の損害であれば、売却不動産のたとえ分割後の共有者であっても、不動産の一部（塀とその地盤）や地役権を共有したり、または単に持分が隣接し合う者にも及び得る。ハナフ

(13) Māwardī, Abū al-Ḥasan ‘Alī b. Muḥammad b. Ḥabīb al-, *al-Ḥāwī al-kabīr fī fiqh madhhab al-Imām al-Shāfi‘ī wa-huwa sharḥ Mukhtaṣar al-Muzanī*, 18 vols. (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya, 1414/1994), VII, 230, 231. Ibn Qudāma, Muwaffaq al-Dīn Abū Muḥammad ‘Abd Allāh b. Aḥmad, *al-Mughnī fī fiqh al-Imām Aḥmad b. Ḥanbal al-Shaybānī*, 12 vols. (Beirut: Dār al-Fikr, 1405/1985), V, 179. Bājī, *Muntaqā*, V, 200. Mursī, “Shufa‘ā’”I, 575.

(14) Ibn Qudāma, *Mughnī*, 177. Mursī, “Shufa‘ā’”I, 573-74.

(15) *Ibid.*, 180. Māwardī, *Ḥāwī*, VII, 233-34. Bājī, *Muntaqā*, V, 199-3.

(16) ‘Aynī, *Bināya*, XI, 282. Ibn ‘Ābidīn, *Radd*, VI, 217. Mursī, “Shufa‘ā’”I, 569.

イー派においても、第1位の先買権者である所有権共有者に関しては、他の法学派と同様に、分割後の共有者は排除されとするのが通説であるが⁽¹⁷⁾、同派による第2位以下の先買権者は、分割後の共有者間に生じる相隣関係に着目し、その強弱によって彼らを「規範的な意味での共有者」(sharīk ḥukmī⁽¹⁸⁾)と見なし得る一定のカテゴリーを類型化したものとも考えられる。ぎゃくに言えば、同派にいう隣接所有者とは主として分割後の共有者を想定したカテゴリーであり、そこでは本来、単に自己の所有地が他人の所有地と隣接しているという条件のみで直ちに先買権を付与する趣旨ではなく、加えて不動産の一部や地役権のうえで共有関係が事実存続しているという条件を満たす者を優先的に保護する趣旨であった、との解釈も可能であろう（この解釈の可能性については、下記3. (4) 参照）。

ただ、このように先買権者の範囲を拡大する一方で、ハナフィー派は先買権の対象を不動産に限定する。なぜなら、動産は不動産に比べて所有者が入れ替わり、共有者同士の問題は一時的であるのに対し、不動産は通常、永続的な使用を目的として取得するものであるから問題も恒常的であり、容易に除去できないからである⁽¹⁹⁾。

1.2. 先買権の問題点と制約

いずれにせよ、先買権が以上のように、先買権者とされる者にとってのある種の損害を防止するために認められたものであるという趣旨は明らかである。しかしその一方で、法学初期においては、孤立した説ではあるが、先買権が買主の意思に反して先買権者に売買目的物の優先取得を認める点で、他人の財産の不当な侵害(akl al-māl bi-al-bāṭil)を禁ずる法の一般原則からの類推により、この制度が全面的に禁じられるとする解釈も見られた⁽²⁰⁾。さらに個別的には、以下の議論のなかでも示唆されているように、先買権が不動産取引の安全を害す

(17) ‘Aynī, *Bināya*, XI, 275.

(18) *Ibid.*, 285.

(19) *Ibid.*, 349. Cf. Shaybānī, *Ḥujja*, III, 67.

(20) Ibn Qudāma, *Mughnī*, V, 177. ‘Aynī, *Bināya*, XI, 275.

ることや、先買権者による権利の濫用の可能性といった問題点が挙げられる。こうした考慮から、前近代の法学者は学説上、種々の要件によって先買権の制約を試みている。最も厳格な要件を定めているのは、他の法学派に比して先買権を広く認めているハナフィー派である。後述のように、現行エジプト民法典の先買権規定が全体としては同派の学説に依拠していることに鑑み、ここでは同派によるところの先買権行使の要件を簡単に紹介したい。

同派の通説によれば、先買権の請求は、(1)発生 (*wujūb*)、(2)確定 (*ithbāt*)、(3)取得ないし所有権移転 (*tamalluk*) の三段階に分かれ、各段階につき一定の要件が存在する。うち主要なものは以下の通りである。(1)まず、先買権は、その目的となる不動産の売買契約が締結されることにより発生する。ここで先買権者は、売買契約を知った時点で、その場で自分が先買権の行使により買主に代わって当該物件を取得する旨の意思表示をなすことを要し、さもなくば先買権は失効するとされる⁽²¹⁾。この意思表示は、即時の請求 (*ṭalab al-muwāḥaba*) と呼ばれる。その際、たとえば人づてに売買契約の話聞いたが、黙っていたり、または無関係な話や動作を続けたり、意思表示をしないままその場から去ってしまった場合は、請求の暗示的な放棄と見なされる⁽²²⁾。即時の請求の趣旨は、先買権者が自己に発生した先買権を少なくとも放棄しない旨の確認的宣言であり、原則として先買権者はこれを行った旨の立証義務を負わない。ただし、事後の訴訟においては、買主がその事実を否認し、先買権の失効を主張したとき、先買権者の主張次第では、買主の主張のほうが決定的推定を受ける可能性があるため、即時の請求についてもできれば証人の前で行うのがよいとされる⁽²³⁾。いずれにせよ、先買権者に即時の反応が要求される趣旨は、先買権者によりいつでも奪われる可能性がある限り、不動産には買い手がつかないからである⁽²⁴⁾。

(2)つぎに、先買権者は、買主、売主、または目的たる不動産の前で証人を立

(21) Ibn 'Ābidīn, *Radd*, VI, 240.

(22) *Ibid.*, 224-25, 240-41. Samarqandī, 'Alā al-Dīn al-, *Tuhfat al-fuqahā'*, 3 vols. (Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya, 1405/1984), III, 54.

(23) Ibn 'Ābidīn, *ibid.*, 225, 219, 240, 248. Aynī, *Bināya*, XI, 303. この点については、学説の解釈にやや混乱があるようである。Cf. Samarqandī, *Tuhfa*, III, 54-55.

(24) Cf. Shaybānī, *Hujja*, III, 81.

て、買主の氏名や不動産、代金を特定しつつ、あらためて請求の意思表示をすることを要する（確定の請求 *ṭalab al-ithbāt*）。(1)の段階でこの請求を行えば、即時の請求を兼ねるものとされる⁽²⁵⁾。いずれにせよ、この請求後、発生後の先買権ははじめて権利として確定し、先買権者の明示的な放棄の意思表示またはその他の特段の事情がない限り失効しない。ぎゃくにこれ以前の先買権は失効しやすい、本質的に弱い権利であるとされる⁽²⁶⁾。

先買権が弱い権利であるという理解は、現行エジプト民法典第935条による先買権の定義にも反映されているように思われる。すなわち同条によれば、「先買権とは、不動産の売買において、以下の条文に定める状況と条件のもとで買主に代位することを認められる権原 (*rukhṣa*) である」とされる。この趣旨は、先買権そのものが権利であるというより、むしろ所有権を取得するための原因である、あるいは法に定められた一定の要件を満たしてはじめて所有権を取得し得る法的地位に過ぎないということである⁽²⁷⁾。まさに同様の理由から、ハナフィー派の学説によれば、先買権者が下記第3段階にいう判決によって不動産の取得を認められる以前においては、先買権は先買権者の死亡によって失効し、相続人に承継されないとされていた⁽²⁸⁾。この問題は現行エジプト民法典の編纂過程で大論争となり、最終草案では第1004条（現行第935条）第2項により「先買権は相続また譲渡により移転しない」と定められるに至ったが、同項は上院の民法委員会により削除され、先買権の相続の可否は裁判所の判断に委ねられることとなった⁽²⁹⁾。

(3)最後に、確立後の先買権は、買主が先買権の行使に任意に応ずる場合は別として、裁判上行使されねばならない。すなわち、先買権者は、不動産がまだ

(25) Ibn ‘Ābidīn, *Radd*, VI, 225-26.

(26) *Ibid.*, 219.

(27) Sanhūrī, ‘Abd al-Razzāq al-, *al-Wasīṭ fī sharḥ al-qānūn al-madanī: Asbāb kasab al-milkiyya ma’ al-ḥuqūq al-‘ayniyya al-aṣliyya al-mutafarri’a min al-milkiyya (ḥaqq al-intifā’ wa-ḥaqq al-irtifāq)*, 10 vols. (Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī, 1986), IX, 447-51. *A’māl*（上記注5参照）, VI, 346-48.

(28) Ibn ‘Ābidīn, *Radd*, VI, 241.

(29) Sanhūrī, *Wasīṭ*, IX, 452, 459-60. *A’māl*, VI, 349-57（論争の詳細については、同350-55 欄外の議事録を参照）。

売主の占有下にあれば売主、または買主への引渡後であれば買主を反対当事者として、先買権に基づく不動産の引渡請求の訴えを提起することになる。なぜなら先買権は、所有者たる買主に対し、第三者への所有権移転を強制するものであり、それは所有者自身の同意を欠く限り、判決を要するとされるからである³⁰⁾。当該先買権者の先買権の原因である、共有関係や相隣関係はこの判決のときまで継続していなければならず、ゆえに先買権者が判決前に売主の共有者ないし隣接所有者たる身分を喪失したとき（たとえば自己の共有持分を売却したときなど）、先買権は消滅する³¹⁾。この権利行使の段階に関しては、現行エジプト民法典との関係で重要な論点を2つ挙げることができよう。

第1の論点は、先買権の行使が消滅時効にかかるか否かである。なぜなら、先買権者がいつでも権利を行使できるにも関わらず、訴訟を開始しないままであれば、買主がそれだけ不安定な状況に置かれるからである。この問題については、ハナフィー派法学の基礎を定立したとされる、3人の法学者の学説が分かれている。すなわち学祖アブー・ハニーファ（150/767年没）に帰せられる見解によれば、先買権がいったん確立した以上、その不行使の正当事由の有無を問わず、訴えが消滅時効にかかることはない。これに対し、アブー・ハニーファの2人の高弟の一方であるシャイバーニー（189/805年没）によれば、先買権者が確立の請求後、正当事由なく1ヶ月以内に訴えを提起しなければ、先買権は消滅するとされる。他方の高弟アブー・ユースフ（182/798年没）には、両方の見解が帰せられている。後世のハナフィー派の公式見解ではアブー・ハニーファ説が実務上の準拠と目されているようであるが、エジプトの法学者のあいだではこの点について見解の相違が見られる³²⁾。とくに19世紀に活動したイブン・アービディーン（1842年没）は、2つの理由からシャイバーニー説を支持

³⁰⁾ Ibn 'Ābidīn, *Radd*, VI, 119, 228. 'Aynī, *Bināya*, XI, 309.

³¹⁾ Mursī, "al-Shufa'ā' wa-marātibhā fī al-shar'ī'a al-islāmiyya wa-fī al-qāwānīn al-ahliyya wa-al-mukhtalī'a," *Majallat al-Qānūn wa-al-Iqtisād*, 3 (1933), 5-50, 147-73（以下 Mursī, "Shufa'ā'"II と略）, 41. Ibn 'Ābidīn, *Radd*, VI, 242.

³²⁾ すなわち 'Aynī, *Bināya*, XI, 308-9 によれば、ファトワー（法学者が法律相談に応じて与える非公式の法学意見）はアブー・ハニーファ説でなくシャイバーニー説に従っているとされるが、Ibn 'Ābidīn, *Radd*, VI, 226 によればぎゃくの主張もある。

している。第1の理由は、先買権者が売買後、何年も先買権請求の訴えをなし得るとすれば、買主は多くの場合、その間に不動産上に建物を建てたり、作物を植えたりしていた場合はこれらを撤去させることになり、買主にとって損害が大きいことである。第2の理由は、イブン・アービディーン自身が何度も目撃したこととして、先買権者が単に買主に対するこうした詐欺の意図で、または当該不動産の地価の高騰を狙って故意に提訴を遅らせるように、権利の濫用が見られることである⁽³³⁾。このことは、後述のように先買権がしばしば投機目的で利用されていたことを示唆するものといえよう(2.2. (3)参照)。この点、現行民法典第948条は、目的たる不動産の売買契約の登記の日から4ヶ月の経過をもって、先買権の消滅時効とする。この規定は、後述の先買権法における同趣旨の規定の改正にあたる⁽³⁴⁾。

第2の論点は、先買権者の訴えに応じて先買権を認める判決が下されるための条件として、先買権者は買主に代わって支払うべき代金を裁判所に供託する義務を負うか否かである。なぜなら、先買権者が実際には目的たる不動産を取得するだけの資力がないにもかかわらず権利を行使している可能性があるからである。ハナフィー派の通説は、アブー・ハニーファ説およびアブー・ユースフに帰せられる説のうちより優勢な相伝にしたがい、先買権者は先買権に基づく取得を認める旨の判決の効果として代金の支払い債務を負うのであるから、判決以前にこれを供託する義務はないとする。しかしシャイバーニー説(アブー・ハニーファの異説ともいわれる)によれば、裁判官は先買権者に代金の供託を命じるべきだとされる⁽³⁵⁾。この点、現行民法典第942条第2項は、先買権者による訴えの提起の前提として、裁判所への代金供託を義務づけている。この規定は旧民法典にはなく、現行民法典により新たに導入されたもので、サンフーリーによれば先買権の制約に関する最も重要な改正であるとされる⁽³⁶⁾。

上記は先買権の行使に関わる手続的要件であるが、先買権についてはさらに、

(33) *Ibid.*, 226-27.

(34) すなわち先買権法第22条によれば、消滅時効は6ヶ月であった。*Sanhūrī, Wasīl*, IX, 478-79.

(35) *Ibn ‘Ābidīn, Radd*, VI, 227. *Samarqandī, Tuhfa*, III, 57-58.

(36) *Sanhūrī, Wasīl*, IX, 477-78.

その原因となる共有・隣接関係、発生要件である売買の態様や代金、目的たる不動産につき、種々の実体法的要件が存在する。これらの要件そのものが先買権の制約を目的としていることは上述の通りである。だがそれと同時に、とくにハナフィー派においては、買主の側が不動産の売買契約のとき、またはそれ以前の段階で、多くは売主側の協力を得て、これら要件のいずれかが成立しないよう工夫し、先買権者による取得を阻むための様々な手段が提案されている。このように、およそ当事者が法律的な工夫によって自己の合法または不法な目的を合法に達成するための手段はヒヤル (hiyal, 単数形 *hīla*) と呼ばれる。ハナフィー派によれば、先買権を阻むためのヒヤルはいずれも合法とされ、ただ宗教的な観点から、そもそも先買権の発生を防ぐような方法（たとえば、買主と売主が共謀して、先買権の発生要件である不動産の売買を行う代わり、売主は不動産を買主に贈与し、買主は別途売主に代金相当額を贈与するといった方法）は容認されても、いったん発生した先買権を失効させるような方法（たとえば、売買後、買主が先買権者を騙して、先買権の暗示的な放棄と見なされるような行為をさせること）は好ましくないという説と、いずれにせよ問題がないとする説とに分かれている³⁷⁾。

2. エジプトの先買権立法とイスラーム法

2.1. 立法史と規定の変遷

以上のように、古典イスラーム法の枠内では、先買権はある種の弊害をはらむ制度として制約される傾向にあったといえる。しかしエジプトにおいては、19世紀以降の法の近代化の過程におけるイスラーム法の適用領域の大幅な縮減にも関わらず、先買権は一貫して立法のなかに存続してきた。このなかで、先買権者の範囲に関する規定は以下のような変遷を示している。

エジプトにおける最初の先買権立法は、旧民法典にあたる混合裁判所民法典

³⁷⁾ ハナフィー派におけるヒヤルの位置づけについては、堀井聡江「サイド・ブン・アッサマルカンディーの『司法の寄るべと争訟人らの護り』—ハナフィー派の学説相伝にみるヒヤル (hiyal, s. *hīla*) 研究の新視点」『東洋学報』第83巻第2号 (2001年), 059-083 参照 (とくに先買権につき 073-074)。Cf. 'Aynī, *Bināya*, XI, 383-87. Ibn 'Ābidīn, *Radd*, VI, 243-46.

(1876年発布) および国民裁判所民法典(1883年発布)である。エジプトは1914年にイギリスの保護国となるまで公式にはオスマン朝(1299—1922年)の属国であったが、ナポレオン一世によるエジプト遠征(1798—1801年)の際に派遣されたアルバニア人将校ムハンマド・アリー(1849年没)が事後の混乱に乗じてエジプト総督(1867年以降ヘディヴ、「副王」)に就任して以来、彼の一族による事実上の半独立政権が確立していた(いわゆるムハンマド・アリー朝、1805—1953年)。ムハンマド・アリー朝は当初より独自の近代化路線を進めていたが、それは国政全般にわたる近代化を掲げた宗主国オスマン朝のタンズィマート改革(1839—76年)に伴い、法と司法の分野においても本格化した。その一環として、1874—75年には外国人およびエジプト人の判事から構成される混合裁判所(*maḥākim mukhtalīṭa*)が創設され、外国人を当事者に含む全ての民事・商事事件を管轄することとなった。それと並行して、フランス法をモデルに同裁判所が適用すべき諸法が制定されたが、混合裁判所民法典はその1つである。他方、エジプト人同士の訴訟に関しては、1897年にシャリーア(イスラーム法)法廷の管轄が身分法とワクフ(*waqf*, 後述2.2.(2)参照)の領域に縮減された。それ以外の領域については、1884年に創設された国民裁判所(*maḥākim ahliyya*, 1936年より *maḥākim waṭaniyya*)が管轄し、混合裁判所諸法典に倣った近代的諸法を適用した³⁸⁾。その1つである国民裁判所民法典は、フランス語で起草された後に必ずしも正確でないアラビア語に翻訳されたこともあり、「それ自体が全面改正を要する時代遅れの法律であることが明らかなフランス法の歪んだ縮図」であると評され、規定の不備から学説・判例上の解釈の混乱を招いた³⁹⁾。

このように、旧民法典はイスラーム法との関係が希薄な近代的立法であって、先買権はいわばこれに接木される形で編入された。以後の立法でも同様だが、これらの規定は全体としては、オスマン朝の公式の法学派であったハナフィー派の影響が強い。しかし先買権者の範囲に関しては、旧民法典の規定は同派の通説とは2つの点で相違する。第1の相違は、売却不動産の共有者(国民/混合

³⁸⁾ 以上につき、堀井『イスラーム法通史』210-13参照。

³⁹⁾ *A'māl*, I, 27.

裁判所民法第69/94条)と隣接所有者(同第73/99条)はそれぞれ第2位、第3位の先買権者とされ、第1位として新たに土地の貸主が加えられた点である。すなわち国民/混合裁判所民法第68/93条によれば、土地の借主が貸主の許可を得て建てた建物や、植えた作物については、借主がこれを第三者に売却した場合、貸主が先買権を有するとされる。第2の相違は、ここから明らかなように、先買権の目的物が不動産だけでなく、それとは別個独立の建物や作物といった動産に拡大されていることである⁽⁴⁰⁾。この規定については、歴史的に北アフリカで優勢だったマーリク派の学説を採り入れたものとされる⁽⁴¹⁾。ただ後述のように(下記2.2.(2)参照)、動産とくに建物を目的とする先買権の問題については、原則として動産を先買権の適用外とするハナフィー派においても永代賃借地上の建物に関する限り議論が見られたこと、またとりわけエジプトにおいては永代賃借地上の建物に慣行として先買権が認められていたと推測されることは注目できよう。

いずれにせよ、両民法典における先買権規定は総じて古典イスラーム法の学説から大きく乖離するものではなかった。しかし、これらの規定が実務上不備であるとの理由から、これを大幅に改正する特別法として先買権法が制定・発布された(混合裁判所について1900年、国民裁判所について1901年)。これにより、先買権に関する限り、国民・混合裁判所民法典の諸規定は失効した⁽⁴²⁾。

先買権法は、とりわけ先買権者の範囲(第1、2および7条)に関して、一見すると古典イスラーム法からの大きな乖離を示している。以下に述べるように、これら条文は現行民法第936条にはば継承されているため引用は割愛するが、立法的革新としてつぎの3点を指摘しておきたい。第1は、先買権者の範囲の拡大である。すなわち先買権法は、混合・国民民法典という土地貸主の先買権を廃止する一方、共有者と隣接所有者に加えて新たに2種類の先買権者を認めた。すなわち売却不動産の用益物権(後述2.2.(1)参照)の保有者(第2条)と虚有権者(自己の所有物の用益権が他人に属する者。ここでは用益物権の設定者。第2、

(40) Mursī, “Shufa’ā’”I, 593-94. Sanhūrī, *Wasīṭ*, IX, 473.

(41) Mursī, “Shufa’ā’”I, 593.

(42) *Ibid.*, 568. Sanhūrī, *Wasīṭ*, IX, 473-74.

7条)である⁽⁴³⁾。これにより、虚有権者が不動産を売却したときには、用益物権の保有者はこの不動産につき先買権を取得し、ぎゃくに用益物権の保有者が用益物権を売却したときには、虚有権者がこの用益物権につき先買権を取得する。なお、用益物権の保有者は共有者に準じて先買権を有するとされるが(第2条)、順位の上では虚有権者、共有者に次ぐ第3位の先買権者とされる(第7条⁽⁴⁴⁾)。

第2に、このことから明らかなように、古典イスラーム法にいう先買権者が共有者であれ、隣接所有者であれ、いずれも共有持分ないし隣接する不動産についての自己の所有権を原因として先買権を取得するのに対し、先買権法は用益物権が先買権の原因たり得るとする。同法はまた、先買権の目的が不動産または一部の動産に限定されるとの古典法の学説に反し、用益物権を先買権の目的たり得るとする⁽⁴⁵⁾。つまり同法は先買権の原因および目的の点でも古典法より範囲を拡大しているのである。

第3は、以上とは裏腹に、隣接所有者の先買権には重大な制約が設けられたことである。すなわち隣接所有者の先買権の目的物は原則として建物または建築用地に限られる。それ以外のもの、すなわち農地に関しては、隣接所有者は2つの条件のうちいずれかを満たす場合にのみ先買権を有する。第1の条件とは、この農地の上に自己の所有地のための地役権を有する(つまり自己の所有地が要役地である)か、またはぎゃくに自己の土地上にこの農地のための地役権が設定されている(つまり自己の所有地が承役地である)ことである(同法第1条の2)。第2の条件とは、自己の所有地と目的たる土地との隣接が方位を異にする2箇所にわたって存在することと同時に、自己の土地の価額が目的たる土地の価額の少なくとも半分に達していることである⁽⁴⁶⁾。

先買権法は混合・国民裁判所民法典の欠陥を補うべく施された部分的改正の1例であったが、1936年にエジプトがイギリスから完全独立を果たしたことに

(43) Mursī, “Shufa’ā”I, 596. Sanhūrī, *Wasīl*, 541, n.1.

(44) Mursī, “Shufa’ā”I, 603.

(45) *Ibid.*, 596-7, 602-3.

(46) Mursī, “Shufa’ā”II, 5-6.

より、抜本的改革の要請が現実化し、翌年のモントルー条約では1949年をもって混合裁判所を廃止する旨が取り決められた。つとに1936年2月27日には、司法の一元化をにらんだ統一的民法典の編纂のため、委員8名から成る委員会が内閣により設置された。しかしこの委員会はわずか3ヶ月で解散し、同年11月20日には10名の委員から成る第2次編纂委員会が設置された。しかし同委員会の活動は1年半で終わった。すなわち1938年6月16日、法務省は委員らの相互不信が編纂作業を滞らせているとして内閣に進言し、6月28日には内閣の合意の下、当時混合裁判所裁判官であったサンフーリーと、彼のリヨン大学留学中の指導教官であるランベールから成る第3次編纂委員会を設置し、半年内での準備草案完成を委託した。同委員会の任務遂行後、準備草案は1942年から3年にわたり公開諮問に付されてから、サンフーリー主導下で最終草案に改訂され、内閣、議会における審議とその過程における若干の修正を経て、1949年10月15日、混合裁判所廃止の日付をもって現行エジプト民法典として発効した⁽⁴⁷⁾。

このように、同法典は全体として実質的には第3次編纂委員会、とくにサンフーリーにより起草されたものであるが、先買権に関する条文の準備草案については第2次編纂委員会に由来する⁽⁴⁸⁾。同委員会は基本的には先買権法を踏襲し、これに若干の修正を加えた⁽⁴⁹⁾。なかでも先買権者の範囲に関する第936条は、これを先買権法よりさらに拡大している点で注目される。その条文は以下の通りである。

先買権は、以下の場合に発生する。A. 不動産上の用益物権の全部または一部が売却された場合の虚有権者。B. 合有不動産の一部が第三者に売却された場合の合有的共有者。C. 用益物権が設定された不動産の本体のみが全部または一部売却された場合の用益物権の保有者。D. 永代賃借権が売却された場合の虚有権者および賃借不動産が売却された場合の永代賃借人。E. 以下の場合における隣接不動産の所有者。1. 目的不動産が建物または建築用地であるとき。所在地が都市であるか村落部であるかは問

(47) 以上の経緯につき、*A'māl*, I, 6-9. 堀井『イスラーム法通史』214-16.

(48) *A'māl*, I, 6.

(49) *Sanhūrī, Wasīl*, IX, 574.

わない。2. 隣接所有者の土地が売却地の承役地または要役地であるとき。

3. 隣接所有者の土地が売却地と二つの境界で隣接し、かつ売却地の価額の少なくとも半分に相当するとき⁵⁰⁾。

つまり同条D項は、先買権法という用益物権の保有者および虚有権者とパラレルなカテゴリーとして、新たに永代賃貸借（次節参照）の当事者を先買権者に加えている。換言すれば、用益物権のみならず永代賃借権も先買権の原因（永代賃借人にとって）および目的（虚有権者にとって）たり得ることとなった。

2.2. 永代賃貸借に関する古典学説の展開

以上から、現行エジプト民法典は、先買権の原因および目的を(1)用益物権と(2)永代賃借権に拡大し、(3)他方で隣接所有者の先買権に種々の制限をもうけた点で、一見すると古典イスラーム法の通則から乖離している。しかしこれらの乖離は必ずしも近代の立法者による純然たる革新ではなく、たとえば本節でふれる永代賃貸借が本来イスラーム法に反するにもかかわらず、主として慣行に基づき容認されたように、古典学説そのものの変化を反映するものでもあり得る。本節ではこの可能性を上記3点に関するエジプトの先買権立法についても検討してみたい。

(1)まず、エジプト民法典という用益物権 (*ḥaqq al-intifa'*) とは、フランス民法の定義に従い、「他人の所有物につき、その原状を維持し、物権の終了時には所有者に返還する条件で、これを用益することを目的とする物権」であり、保有者の死亡により確定的に終了するとされる⁵¹⁾。しかしイスラーム法では、この種の権利としては地役権などごくわずかが言及されるにとどまり、かつそれらは所有権に準じて保護される独立の物権ではない。さらに、サンフーリーも指摘するように、エジプトでは個人が契約または遺贈により、自己の財産につき他人のために用益物権を設定することは稀であるとされる⁵²⁾。同じ理由から、すでに先買権法についても⁵³⁾、また同法の改定にあたった現行民法典第2次編

⁵⁰⁾ *Ibid.*, 540.

⁵¹⁾ *Ibid.*, 1201.

⁵²⁾ *Ibid.*, 1209-10.

⁵³⁾ Mursi, “Shufa’a”I, 604, n.1.

纂委員会においても⁵⁴⁾、用益物権を原因ないし目的とする先買権の存在は実益を欠くとの批判が繰り返された。このことから、用益物権に関しては、エジプトの先買権立法と古典イスラーム法の関係は希薄であると考えられる。

(2)つぎに永代賃貸借(hikr)とは、元来は賃借人が相場の賃料を支払い続ける限り、賃借物件を永続的に使用し得る契約を指し、いわば期間の定めのない賃貸借である。この点、古典イスラーム法によれば賃貸借において期間が特定されていない、ないし不明であることは契約の有効性を妨げるため、永代賃貸借契約は本来違法である。しかしすでに前近代において、この種の契約は主としてワクフ物件を対象として慣行化し、とくにオスマン朝期においては上述の形態につき学説上容認される傾向が見られた。ワクフとはいわば寄進であり、本来は個人が自己の財産(主として不動産)につき、その賃貸などによる収益を第一義的には慈善的な目的のために充てる旨の定款を定め、その管理運営を特定の管財人に委ねて所有権を放棄することを指す(「慈善ワクフ」waqf khayrī)。同時に、ワクフ設定者が主として家産の承継につき相続法上の規制を免れる目的で、特定の相続人とその子々孫々を受益者とする条件で「寄進」という例外的形態(「家族ワクフ」)もまた非常な発展を見た。いずれにせよワクフは宗教的な制度とされ、定款に従ってこれを永続することが目的とされる。そのため、ワクフ物件を消耗や不法占有から保護して収益性を保つ趣旨で、その賃貸期間の上限は学説上1—2年に制限された。しかし、ワクフ物件がとくに農地の場合、このように短期の賃借期限では借り手にとってリスクが大きく、ゆえにまた管財人にとっては容易に借り手がつかず、収益が安定しないといった不都合から、この制限を上回る期限での賃貸借が行われるようになったのである⁵⁵⁾。

しかし古典イスラーム法は原則として、ワクフ物件に関する先買権の適用を否定している。ハナフィー派によれば、ワクフ物件には何人の所有権も成立せず、管財人その他の者がこれを売却したとしても、売買はそもそも無効である

⁵⁴⁾ *A'māl*, VI, 359 欄外。

⁵⁵⁾ 堀井『イスラーム法通史』167-72。

ため、所有権取得の手段たる先買権の目的たり得ない⁵⁶⁾。例外はワクフの「買い替え」(istibdāl), すなわちワクフ物件が消耗し、もはや収益が見込めなくなったとき、管財人が一定の条件の下でこれを売却して新たな物件を購入し、最初と同じ条件でワクフを設定・維持する場合か、またはワクフ物件であっても判決によってワクフと認定されておらず、従って未だ私有地に準じる状態で売却された場合である。この点、同派においてはワクフ物件の隣接所有者がこれを先買権によって取得できるとした学説も見られるが、これは上記のような場合に言及したものと解釈されている⁵⁷⁾。第2に、同じ理由から設定者や受益者は固より、管財人にせよその共有者ないし隣接所有者たる資格で先買権を行使する余地はないという意味で、ワクフ物件は先買権の原因にもなり得ない⁵⁸⁾。以上の原則は、現行民法典に到るエジプトの立法でも確認されている⁵⁹⁾。

古典イスラーム法において議論されているのはむしろ、永代賃借人が賃借地上に建物を建てた場合、賃借地が売却されたときにその建物を原因として先買権を行使できるか、またはぎゃくに永代賃借人が建物を売却した場合、賃借地の隣接所有者がこの建物を目的とする先買権を取得するか否かである。この点ハナフィー派については、上述のように(1.1.)動産一般を先買権の適用外とする同派の通説に反して、オスマン朝期にはイブン・カマルパシャ(940/1533年没)やアブー・スワード(982/1574年没)といった大法学者が肯定説を唱えている。その論拠は、建物の区分所有権、典型的には建物の上階と下階が別々の所有者に属する場合に関する同派の通説(シャイバーニー説)の解釈である。すなわちここで各階の建物は建物全体の地盤についての永続的な地上権(haqq al-qarār)を伴うことにより不動産に準じて先買権の原因・目的たり得、一方が売却されたとき、他方の所有者は通路等を共用する場合には地役権共有者の資格で、そうでなければ隣接所有者の資格で先買権を有する。肯定説によれば、永代賃借地上の建物には同様に永続的な地上権が認められ、ゆえに先買

⁵⁶⁾ Ibn ‘Ābidīn, *Radd*, VI, 217, 223.

⁵⁷⁾ *Ibid.*, 223.

⁵⁸⁾ *Ibid.*, ‘Aynī, *Bināya*, XI, 348.

⁵⁹⁾ すなわち国民裁判所民法典第71条(cf. 混合裁判所民法典第97条), 先買権法第4条, 現行民法典第939条2項。Mursī, “Shufa’ā”II, 155. Sanhūrī, *Wasīṭ*, IX, 594-95.

権の原因・目的たり得るとする。しかしイブン・アービディーンは、同じくエジプトのハナフィー派法学者ラムリー（1081/1671年没）を支持してこの解釈に反対し、その根拠として永代賃借人は相場の賃料の支払い不能に陥ったとき、虚有権者は他の者に土地を賃貸すべく、建物の撤去と明渡を請求できるとする学説を援用し、ゆえに永代賃借地上の建物には永続的地上権はないとする⁽⁶⁰⁾。この点、マールク派の法学者ハッターブ（954/1547年没）は、エジプトでは賃借人が追い出されることが慣行となっており、永代賃借人は実質的に土地所有者と見なし得るとして、永代賃借地上の建物については先買権の発生を認めるべく学説が一致すべきであると主張している⁽⁶¹⁾。このように永代賃借地上の建物に関するについてはエジプトにおける古典学説が対立していたが、恐らくはこのことを背景に近代以降のエジプトの判例の立場も二分され⁽⁶²⁾、また後述のように現行民法典第2次編纂委員会でもとくに永代賃借人に対する建物を原因とする先買権の付与が検討された。しかしこの問題の文脈は、現行民法にいう虚有権者による永代賃借権そのものの先買い取得の可能性を示唆するものではない。

(3)最後に、隣接所有者の先買権行使に関する条件についてはどうか。第1に、目的物が原則として建物または建築用地でなければならないとの条件については、古典イスラーム法に類似の議論は見当たらない。第2に、農地については隣接所有者の所有地を要役地または承役地とする地役権の存在を要求する条件については、後述のように地役権共有者を先買権者に含めるハナフィー派通説の解釈から導かれ得る（3. (4)参照）。さらに、学派成立以前の古い学説のなかにも、隣接所有者の先買権を肯定する立場と否定する立場の間に、同派と同じく地役権の共有者は所有権の共有者に準じて「損害」から保護されねばならないとの観点から、隣接所有者については目的不動産上の通行権や取水権などを共有する場合に限って先買権を認めるバスラの法学者の立場があり、後世にお

(60) Ibn ‘Ābidīn, *Radd*, VI, 217-19.

(61) Ḥaṭṭāb, *Mawāhib*, VII, 380-81. Cf. Mursī, “Shufa’ā”II, 18-19.

(62) Mursī, “Shufa’ā”II, 16-18.

いてもハンバル派の一部に支持されている⁶³⁾。しかし後述のように、エジプトの立法者がこの規定を採用した実質的な根拠は別のところにある。さらに、以上のいずれにもあてはまらない場合、隣接所有者の土地が目的たる土地と2箇所に分かれて接合し、かつ後者の価額の半分以上に達しているという要件をもって、先買権の発生をさらに絞り込んでいる第3の条件については、先買権法が当時の投機目的による制度悪用に対処すべく導入したものとされる。すなわち投機家は他人の土地に挟まれた猫の額のような土地を買い、周囲の隣接地を先買権により取得するのである⁶⁴⁾。混合裁判所のフランス人元判事によれば、この種の行為は土地投機が進展した1900年代初頭および20年代に横行し、先買権法制定以後も先買権関係訴訟は増加傾向を示していた⁶⁵⁾。

以上から、現行民法典による先買権の導入は全体として古典イスラーム法の学説そのものの変化を反映しているというより、立法者による新たな考慮に基づくものと考えられる。次節ではこのことを現行民法典の編纂過程に遡って検証したい。

3. 先買権をめぐる論争と「所有権の再統合」

すでに概観したように、先買権者の範囲のみに着目すれば、先買権法から現行民法典に至るエジプトの立法のなかではあたかも先買権制度が拡充され続けてきたかに見える。しかしサンフーリーは、現行民法典が全体として先買権の制約を意図していることを強調し、その証左として上述の先買権者の提訴前の代金供託義務(1.2. (3)参照)を含む一連の改正を挙げている⁶⁶⁾。そもそも先買権に関する準備草案を作成した第2次編纂委員会の内部においても、制度の存続についてはかなりの幅で意見が分かれていた。ここにそれらを要約してみよう。

⁶³⁾ Mursī, “Shufa’ā”I, 575. Cf. Ibn Qayyim al-Jawziyya, *I’lām al-muwaqqi’in*, 4 vols. (Cairo: Maṭba‘at al-Sa’āda, 1374/1955), II, 130-32.

⁶⁴⁾ Mursī, “Shufa’ā”II, 21-22. Sanhūrī, *Wasīṭ*, IX, 578.

⁶⁵⁾ Forgeur, “Préemption,” 375.

⁶⁶⁾ Sanhūrī, *Wasīṭ*, IX, 477-79.

(1)用益物権の保有者と虚有権者の先買権は廃止すべきであるとの説。その根拠は前述のように、エジプトでは用益物権の適用が稀であって実益がないことである。

(2)加えて隣接所有者の先買権も廃止し、共有者のみに先買権を認めるべきであるとする説。隣接所有者の先買権の存続は現行民法典の立法過程を通じて最後まで争われ、準備草案第1383条E項は現行法と同様の条件で隣接所有者に先買権を与えたものの、同項は最終草案（第1008条）では削除された。しかし議会の立法委員会は、E項の農地に関する部分のみを差し戻して下院に提出するに及び、下院では隣接所有者の先買権の可否をめぐる大激論となったが、結果的にE項を完全復活する意見に落ち着いた⁶⁷⁾。廃止論者の根拠としては概ね以下の4つに集約されよう。

第1は、先買権一般にあてはまる論理として、この制度が近代民法の主要原則の1つである契約の自由の侵害にあたるとの理由である⁶⁸⁾。これは表現こそ異なるものの、古典イスラーム法にすでに見られた、先買権が一種の財産権侵害であるとの考慮と通じるといえよう。

第2は、隣接所有者の先買権にはもはや今日的な意義がないとの理由である。すなわち古典法にいう隣接所有者の先買権の趣旨は好ましからざる者が相隣関係に参入することによる害を未然に防ぐことであつたが、人口が増加し、生活環境も変化した今日では、人が自分の隣に住む者の顔さえ知らない場合も多く、相隣関係上の損害の防止をもってしては、もはや先買権という例外的権利を認めるだけの必要性を欠くとされる⁶⁹⁾。第3はより積極的に、隣接所有者の先買権には種々の弊害があるとの理由である。具体的には前節で述べたような投機目的での悪用⁷⁰⁾のほか、とくに下院では、先買権がしばしば「強力な隣接所有者」による近隣の農地の集積に用いられ、ゆえに大土地所有の原因となるという点が指摘された⁷¹⁾。だが、第2次編纂委員会が最終的に隣接所有者の先買権

⁶⁷⁾ *Ibid.*, 475 および n.2. 詳細 *A'māl*, VI, 372-84.

⁶⁸⁾ *A'māl*, VI, 359 欄外, 368 欄外, 344, 374-77.

⁶⁹⁾ *Ibid.*, 360 欄外, 375, 382.

⁷⁰⁾ *Ibid.*, 361 欄外.

⁷¹⁾ *Ibid.*, 380, 類似の指摘として 374-75.

を維持した目的の1つは、ぎゃくに「エジプト人の大多数を占める農民」たる小土地所有者に先買権に基づく隣接地のいわば併合の機会を与えるという政策的考慮であった⁷²⁾。

第4の根拠は立法論的観点からの反対であり、下院の審議において援用された。すなわち、先買権の法源であるイスラーム法に照らしても、隣接所有者にこの権利を認める立場はハナフィー派に限られるところ、エジプトの立法者はイスラーム法の解釈につきもはや必ずしも同派に拘束されないとの所論である⁷³⁾。恐らくここで念頭に置かれているのは主として身分関係法であろう。エジプトの身分関係法は1929年以来個別に発布された一連の法律から成るが、これらはハナフィー派の学説を基礎としつつも、特定の問題について他の学派の学説がより時代の精神・要請に合致すると判断される場合には後者に依拠するという立法技術 (takhayyur, 「選択」) を採用している⁷⁴⁾。

(3)以上とぎゃくに用益物権の保有者と虚有権者の先買権は存続させるべきであるとの説。その根拠は、先買権を通じて用益物権の保有者が虚有権を取得するか、または虚有権者が用益物権を取得することにより、それぞれ別人に属する用益権と虚有権とに分断された所有権が同一人の下に統合され、完全所有権が復活することである⁷⁵⁾。先買権法がこの範疇の先買権を導入したのも同じ根拠に基づくとされる⁷⁶⁾。

(4)加えて隣接所有者についても、その所有地と目的物たる不動産のあいだに地役権関係が存在する場合に限っては、先買権を与えるべきであるとする説。(3)と同様に、この説も所有権と本来その要素である地役権との統合を根拠に掲げる⁷⁷⁾。同時に、隣接所有者が先買権を取得する条件としての地役権の存在は、地役権者を先買権者に含めるハナフィー派の学説が実質的には隣接所有者について、単なる隣接性と同時に地役権の存在を条件としているとの解釈に基づい

⁷²⁾ *Ibid.*, 370 欄外。

⁷³⁾ *Ibid.*, 379.

⁷⁴⁾ 堀井『イスラーム法通史』220, 227参照。

⁷⁵⁾ *A'māl*, VI, 360 欄外。

⁷⁶⁾ Mursī, “Shufa’ā” I, 597. Sanhūrī, *Wasīf*, IX, 542.

⁷⁷⁾ *A'māl*, VI, 360 欄外, 362 欄外。

ている⁷⁸⁾。

(5)しかるに現行第936条C項にいう永代賃借人と虚有権者の先買権については、第2次編纂委員会は永代賃貸借がワクフの存在を前提とするとの理由で、当初否定的であった⁷⁹⁾。むしろ同委員会は、永代賃借人ないし「土地の用益権者」が虚有権者の許可を得て建物を建てた後に土地が売却された場合に限っては、永代賃借権を原因としてこの土地につき先買権を付与する趣旨の条項を検討していた⁸⁰⁾。しかしこの条項は、一部の街区に見られるように、狭い借地にこれらを事実上占拠する借地人が建てた「不衛生な建物」が密集するなど、都市の美観と衛生水準を損なう恐れがあるとの理由で、結局は草案に採択されることはなかった⁸¹⁾。その後、同委員会では、永代賃貸人がワクフ物件の所有者ではないとしても、永代賃借権がもはや単なる用益権ではなく物権であると見なし得るとの観点から、所有者に準じて先買権を付与するとの案が浮上し、この問題に関する報告が待たれることになった⁸²⁾。報告者たるカイロ大学法学部長⁸³⁾ムハンマド・カーミル・ムルシーは、永代賃借権を原因とする先買権の適用を支持する立場であった⁸⁴⁾。彼の報告および以後の経過については明らかではないが、準備草案では最終的に現行法と同じく永代賃借権を原因または目的とする先買権を規定するに到った(第1383条D項⁸⁵⁾)。草案メモランダムはその趣旨として、やはり分断された所有権の諸要素を再統合し、完全な所有権に復せしめることを掲げているが、それは同時に永代賃貸借という「望ましくない」法律関係の終了実現を目的としていた⁸⁶⁾。現行民法典が永代賃借地およびワクフ地の縮小を目指していたことは、永代賃貸借をワクフ地のみに限定していることから窺えよう(第1012条1項)。しかしその後、1952年法律第180号に

⁷⁸⁾ *Ibid.*, 374.

⁷⁹⁾ *Ibid.*, 363.

⁸⁰⁾ *Ibid.*, 363 欄外 (1937年5月14日議事録末尾および同6月18日議事録冒頭)。

⁸¹⁾ *Ibid.*, 363 欄外 (1937年5月14日議事録末尾), 366 欄外 (同6月18日議事録末尾)。

⁸²⁾ *Ibid.*, 407 欄外.

⁸³⁾ *A'māl*, I, 6, n.1.

⁸⁴⁾ Mursī, "Shufa'a" II, 18-19.

⁸⁵⁾ Sanhūrī, *Wasīf*, IX, 540, n.1.

⁸⁶⁾ *A'māl*, VI, 363-64.

よりワクフ地の大半を占める家族ワクフが廃止されたため、永代賃借権を原因・目的とする先買権を定めた第936条E項はその実務的意義を失った⁸⁷⁾。エジプト国会の議事録によると、家族ワクフの廃止はすでに1938年に提議されていることから、永代賃借地ないしワクフ地の制限は民法典制定と同時進行で計画されたと考えられる。

いずれにせよ、以上の議論を総合すると、これらの立場の相違を超えて最終的に先買権制度の維持が決定された主たる根拠は、上記用益物権や地役権、または永代賃借権と関連する議論のなかで現れる「所有権の再統合」という、古典イスラーム法による先買権の制度趣旨とは異なる新たな理念であったことがわかる。つまり、これらの権利は本来の完全なる所有権を構成する要素が分離独立し、所有者とは別人に帰属しているものであるが、本来の所有者がこれらを統合し、自己の完全所有権を復活させる手段となることが、先買権の重要な意義とされたのである。準備草案の解説的メモランダムもまた、先買権がエジプトの法的伝統として確立しているとの歴史的考慮に鑑みて存続させられたのは、ひとえにこの「所有権の再統合」という制度の利点に帰すると記している⁸⁸⁾。

結 論

以上から、現行エジプト民法典による先買権の導入は、同制度の法源であるイスラーム法には見られない新たな立法趣旨、すなわち「所有権の再統合」に基づくものであった。換言すれば、エジプトにおける先買権は実質的に見て、イスラーム法におけるそれとは異なる独自の制度として意図されていたといえる。しかしこの「所有権の再統合」ないし完全所有権の復活という立法政策を要請したであろう具体的状況は、先買権の適用実態も含めていまだ明らかではない。この点を明らかにし、さらにエジプト固有の法制度としての先買権が所期の機能を果たしたか否かを考察することは、今後の課題としたい。

⁸⁷⁾ Sanhūrī, *Wasīf*, IX, 559–60.

⁸⁸⁾ *A'māl*, VI, 343.

changes in the office from the time of Nurhaci through the Kangxi and Yongzheng eras. The capacity to inherit the office of the *Nirui janggin* was recognized during the reign of Nurhaci, and in the twelfth month of Tianming 6 (1621), the inheritance of the post of minister of state (*hergen*) from father to son was made explicit. In the sixth month of Tiancong 5 (1631), during the reign of Hong Taiji, the son of Nurhaci, the “precedent of inheriting posts by meritorious subjects” 功臣世襲例 was established. After the precedent was set, the principle was transformed into “if one died in battle, a post was inheritable,” but “if one died from illness, it could not be inherited.” In the years between Tiancong 5 and 8 in particular detailed regulations on the inheritance of *Nirui janggin* post were twice concluded. It is clear from these regulations that the roots of the *Nirui janggin* post and the accomplishments of the holder of the office were of great significance.

Niru were divided according to the type of jurisdiction into *dorgi* 內 *niru* and *enculehe* 專管 *niru*, [or] *enclulebuhe niru*. *Dorgi niru* indicates those *niru* that were led by the Khan and his princes. The *enculehe niru*, [or] *enclulebuhe niru* referred to *niru* led by ministers of state with “different family” names, including a portion of the royal family.

Then, in Kangxi 23 (1684) the *niru* were divided on the basis of history of how the post of *Nirui jianggin* was inherited and the process of their formation, into *fujuri* 舊管／勳舊 *niru*, *jalan halame bošoro* 世承／世管 *niru* and *teodenjehe* 漆編／互管 *niru*. These became the basis of the later three types of *niru*, the *fujuri niru*, *jalan halame bošoro niru*, and *siden* 公中 *niru* that appeared in the Yongzheng era. And so, the regulations concerning the appointment to vacancies in the post of *Nirui janggin* emphasized the right of certain household 家 (*boo*) to privately own *jalan halame bošoro niru* and indicated one aspect of the *siden niru* was its public character.

THE LEGISLATIVE GOAL OF PRE-EMPTION IN EGYPTIAN CIVIL CODE

HORII Satoe

Pre-emption in Islamic law primarily refers to a right of joint owners of immovable property to obtain, in preference to the others, the share of the property that one of them sold to a third party, by paying the price to either the

purchaser or seller, even against the will of the purchaser. According to the Ḥanafī school, the owners of adjoining properties, alongside the joint owners, also have the right of pre-emption. In any case, the purport of the system was to protect the original joint owners from various problems that might be caused by a new participant. On the other hand, as pre-emption was considered as an encroachment on the property rights of the purchaser, various restrictions on its exercise had been established within the framework of pre-modern doctrines.

However, the system survived the modernization of laws in Egypt from the 19th century onward. Moreover, the Laws of Pre-emption (1900 and 1901), which were established in order to make up for the lacunae of law with regard to pre-emption found in the old civil codes, and the current civil code (1948), which is fundamentally an extension of these Laws, expanded the scope of pre-emption. In short, the pre-emptors under the current code are the usufructuary and the bare-owner, and also both parties of a long-term lease (*ḥīkr*) as well as the joint owners and the owners of adjoining properties. In contrast, both the Laws of Pre-emption and the current civil code have placed severe restrictions on pre-emption with regard to the owners of adjoining properties.

These legislative innovations did not result from the historical developments or changes in pre-modern Islamic doctrines of law. In the process of compiling the current code, there appeared considerable opposition to the continuation of the system of pre-emption. The aim of the legislator who, despite this opposition, introduced these prescriptions was completely different from the legislative purport of pre-emption in Islamic law. It can be said that pre-emption in the Egyptian civil code is a unique system distinct from that of Islamic law.